



LA DESPENALIZACION DEL ABORTO

Carmelo de Diego-Lora

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Más bien habría que decir, ante esa proyectada reforma del Código Penal de España, que quienes son, en rigor, despenalizados son los abortantes, y no el aborto. Este sigue siendo delito, pero en determinadas circunstancias dejará de serlo. Esto es lo que pretende el Gobierno de la Nación: legitimar, en determinadas circunstancias, lo que considera es malo porque entiende que, en determinadas hipótesis, lo que es malo, delictivo, reprochable ética y jurídicamente, se hace bueno. Quienes son merecedores de castigo punitivo, en el sentir de la reforma, cuando se dan determinadas circunstancias, se convierten, por el arte de la magia legislativa, en ciudadanos honorables. En coherencia con lo que se afirma, no extraña que todo personaje representativo del Gobierno actual sostenga públicamente no gustarle el aborto, si bien, en determinadas circunstancias, resultará legítima su despenalización.

La astucia para introducir en nuestro sistema legal lo acogido en otros ordenamientos, pero que rechaza de modo absoluto una conciencia medianamente sensibilizada por el respeto a la vida, reside en saber servirse de la propuesta conjunta de un paquete de medidas legislativas. Nada menos que de la reforma del mismísimo Código Penal en su conjunto. Así parecerá, en principio, el tema de la despenalización del aborto, un tema más, dentro de una suma notable de cuestiones o puntos legales a reformar. En esto existirán temas más o menos discutibles, criterios para la reforma más o menos aceptables para los penalistas y para los parlamentarios. El Ministro de Justicia en sus declaraciones hizo una relación de esas cuestiones, mostrando la reforma en una línea de humanización, progreso y modernidad del Código Penal.

Ninguno de esos temas, sin embargo, por importantes que fueren, han llamado la atención del gran público, a pesar de que todos merecerán detenido estudio. Y es porque, entre ellos, sólo uno es tenido en cuenta por quienes contemplaban desde fuera la reforma legislativa. Un tema que por su importancia destacaba, que atrajo la consideración de la prensa, de los comentaristas, del pueblo español en las calles y en sus hogares: el tema de la legalización del aborto.

Esa proyectada legitimación significará, desde el punto de vista religioso, introducir en nuestro sistema legislativo, una legalización de conducta en abierta oposición al quinto precepto del Decálogo; y significa también, para los sólo amantes de la vida humana, un decidido ataque a los supuestos básicos en los que se apoya la propia vida del hombre: todos los que hoy vivimos, y queremos que vivan otros que vengan detrás de nosotros, sentimos conmoverse la superficie de la tierra que pisamos, como si se nos negara a nosotros mismos, seres humanos vivientes, el derecho de vivir que ya poseemos por el hecho de haber logrado nacer en un tiempo anterior.

No se puede negar que todos los hombres y mujeres que hoy existimos, somos de la misma especie —la humana—, del embrión que fue fecundado en una mujer. Al negarse la vida de estos nuevos seres humanos futuros advertimos que se está conculcando de antemano el propio derecho personal que tiene el viviente de seguir siendo lo que sus padres y la naturaleza le ofrecieron desde el primer momento de su personal existencia. Las mismas feministas, no todas, sino aquellas que afirman su plena soberanía sobre el propio cuerpo y lo que el cuerpo contiene; los mismos gobernantes que proponen la reforma legislativa; los parlamentarios que hipotéticamente se hallen dispuestos a votar la ley abortiva, han de reconocer, de modo paladino, si quieren ser realistas, que sus propias vidas arrancan, en esta tierra en la que viven, de un embrión humano al que le deben ser lo que son hoy.

Esta cuestión no es de muchos o pocos, es una cuestión —aunque un solo aborto voluntario se cometiere al amparo de la ley del Estado— de vida o de muerte.

«Atacar una vida que todavía no ha visto la luz en cualquier momento de su concepción, es minar la totalidad del orden moral, auténtico guardián del bienestar humano. La defensa de la absoluta inviolabilidad de la vida todavía no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana», decía Juan Pablo II en Limerick (Irlanda). Y sus palabras, pronunciadas al efecto en Madrid, posteriormente, han sido puntualmente recogidas en el texto de la Comisión Permanente del Episcopado español, que ha condenado —partiendo del reconocimiento de que la vida humana es un *don sa-*

grado— abierta y enérgicamente la proyectada reforma legislativa despenalizadora del aborto, puesto que «vivir es el primero de los derechos humanos, raíz y condición de todos los demás» (n. 5).

Las palabras del Papa Juan Pablo II en Madrid, en defensa de la vida, como ha hecho notar Julián Marías, no contienen, sin embargo, «ninguna referencia a la autoridad del Papa, ni siquiera una mención del cristianismo, ni aparece en ellas el nombre de Dios». Es una declaración cargada de importancia y de intención. En el decir de Marías, le parece de «enorme importancia que el Papa, olvidándose por un momento de que lo es, sin apelar a la fe de la que es depositario, a cuerpo limpio, haya dicho a los que le escuchaban, cristianos o no, creyentes en Dios y no, algo elemental, directo, inmediato, válido para toda persona».

«Nunca se puede legitimar la muerte de un inocente. Se minaría el fundamento mismo de la sociedad. ¿Qué sentido tendría hablar de la dignidad del hombre, de sus derechos fundamentales, si no se protege a un inocente o se llega incluso a facilitar los medios o servicios, privados o públicos, para destruir vidas humanas indefensas?».

Prolongando este modo de expresarse el Pontífice, cabría preguntarse, hoy, ante la situación concreta española, ante un Gobierno que legaliza la muerte del inocente con carácter general, cuando concurren determinadas circunstancias, ¿con qué título de legitimidad moral se puede enfrentar ese Gobierno, para atajarlo, con el crimen? Y en concreto con el del terrorismo, que tantas vidas está costando a la sociedad española. Porque no hay mayor peligro para una nación que carece de una postura clara y decidida, en todo caso, contra todo aquello que amenace de modo directo la vida humana. No hay que esperar a que esta vida se haga persona humana para poder ser la víctima de un crimen.

Como ha hecho notar Rodríguez Devesa, entender que el art. 15 de la Constitución española sólo protege la vida de la *persona*, «significaría dejar inerte al recién nacido antes de transcurrir las 24 horas necesarias, según el Código Civil, art. 30, para adquirir la personalidad». Como ha indicado otro profesor universitario, Pedro Juan Viladrich, «todos los seres humanos no nacidos existen y están vivos antes del aborto. Precisamente, porque están vivos, se realizan los abortos, pues sin tales prácticas esos seres nacerían. Luego el aborto provocado supone siempre una previa existente vida humana. El objetivo mismo es la supresión de esos concretos y determinados seres humanos. Todos esos niños están vivos antes del aborto. El aborto se hace porque están vivos. Luego el aborto los mata. Por eso, en fin, el aborto provocado es un crimen».

Por esto hay que añadir, ahora, que el gran aliado de la vida

intrauterina, la mayor enemistad hacia el aborto, se encuentra en las ciencias mismas de la vida, en la biología y en la medicina; éstas saben que, desde el momento de la fecundación, existe ahí una vida propia, independiente de la madre, y que es la misma que luego se desarrollará y alcanzará su propia autonomía, pero que ya, en ese vientre materno, respira, se mueve, siente, y hasta puede ser objeto de tratamiento y atención médicos.

II. LA OBJECCIÓN DEL JURISTA

Las consideraciones de índole religiosa, ética y biológica rechazan el sacrificio de la vida inocente en el claustro materno. Pero también los juristas, ante ese proyectado art. 417 *bis* de la reforma penal formulada, debemos pronunciarnos en su contra del modo más absoluto.

El derecho comparado, como se ha pretendido por el representante del Gobierno, no justifica la norma nacional si esos preceptos extranjeros se muestran faltos de coherencia con el ordenamiento jurídico español; máxime si, en el contexto de nuestro conjunto normativo, el proyecto ofrece tan graves irregularidades que una mediana técnica legislativa aconseja sea rechazado.

Claro es que al jurista lo primero que le importa es la justicia de la norma, su fundamento ético. Como ha mostrado el catedrático español de Derecho Procesal, profesor Gutiérrez de Cabiedes, en crítica al estructuralismo jurídico, para cuya postura «el hombre y sus derechos se reducen a hechos sociales e intereses económico-sociales significados en las figuras jurídicas», lo que importa no es que otros ordenamientos legalicen conductas contrarias al derecho de la vida, sino «si el aborto lesiona un bien jurídico (que es un derecho fundamental) del niño todavía no nacido». En consecuencia, agrega: «No vale aquí el lenguaje de los hechos, sino el lenguaje del deber y del derecho. ¿Cuál es el deber de la madre, cuál el deber del Estado ante un niño concebido aún no nacido y cuál el derecho de éste? En estos derechos y deberes está la justicia, y en su quebrantamiento la injusticia y el crimen».

Para el Código Penal español, aun después de que tuviere lugar esta lamentable reforma que se propone por el Gobierno, la vida humana intrauterina no dejará de ser un bien digno de protección jurídica penal. Esto nadie hoy por hoy lo niega. Hasta el punto de que el art. 417 *bis* proyectado se propone como una excepción a la protección jurídica penal que el art. 417 otorga al concebido.

a) *Errores gravísimos de técnica legislativa*

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-positivo, el notable error con que ha sido concebido ese nuevo precepto que se proyecta reside, *en primer lugar*, en el traspaso de la jurisdicción que se intenta: se elimina el órgano judicial para ofrecer solución a un conflicto de bienes, ambos jurídicamente protegidos, vida del feto humano y grave peligro para la vida o salud de la madre.

Se confía la solución del conflicto al médico mismo que practique el aborto, siempre que cuente con el consentimiento de la madre embarazada. Esta sustracción del poder jurídico sobre la vida humana, caso de conflicto de bienes protegidos, a los órganos jurisdiccionales, para pasarlo al médico interesado en la práctica del aborto, aunque esté acogido en otras legislaciones, resulta ser una tremenda, escandalosa privatización de algo que es tan de Derecho público como la tutela de la vida humana, como también compete a la Jurisdicción resolver conflictos entre dos bienes públicos que entran en colisión, de los que derive el sacrificio de uno de ellos.

El que un médico decida tal cuestión, aunque tenga autorización de la madre, no es aceptable técnicamente. Se carece de garantía jurídica alguna a favor del bien que va a ser sacrificado. Un bien que, por otra parte, está protegido en el propio Código punitivo, independientemente de que ética y jurídicamente el estado de necesidad, para operar como eximente, no es aceptable cuando se trata de sacrificar un bien de igual valor que el que se salva; no puede legitimarse de ninguna manera que el conflicto, que es de naturaleza judicial, se decida por un mero técnico, por muy competente que fuere en el conocimiento de la ciencia médica. Hay el temor además de que tales intervenciones abortivas se hagan por médicos carentes de escrúpulos profesionales, por tratarse de una tarea que contradice abiertamente, o mejor dicho, está en clara oposición con la finalidad curativa de la profesión médica. La Declaración del Consejo General de Colegios Oficiales Médicos de España en defensa de la vida humana es terminante al respecto, y su texto lo destaca: «el aborto provocado no es un acto médico» (III, n. 1). Esto permite concluir lo siguiente:

el n. 1 del proyectado art. 417 *bis* es un medio fácil para que el concierto criminal del médico y la madre embarazada se produzca en daño, no ya de la vida intrauterina —que es lo más importante desde luego— sino del precepto penal mismo que condena el aborto. Es, pues, el precepto proyectado, un expediente bien cómodo para el fraude de ley penal.

La gravedad del riesgo de daño consecuente e irreversible, que de este n. 1 se deriva, aún se patentiza más cuando se advierte,

1) que este precepto utiliza unos conceptos indeterminados, como el de necesidad de evitar un grave peligro para la vida o para la salud de la embarazada, del que puede juzgar sólo el médico interviniente en el aborto, sin ningún otro control, ofreciéndose esto como camino, el más apto, para decisiones irresponsables o de cálculo egoísta, en el que se adopten decisiones nada más ni nada menos que afectan al sí o al no de la vida humana;

y 2) que en esta hipótesis de la proyectada reforma legal —tan expuesta al fraude de ley penal, al riesgo de daño irreversible para la vida humana intrauterina y a la conversión de la profesión médica en el ejercicio de un comercio lucrativo e irresponsable, en el que no hay que dar cuenta a nadie, aparte del traspaso que se produce de una actividad propiamente jurisdiccional, convirtiéndola en actividad de índole privada—, no hay limitación alguna requerida de tiempo transcurrido de desarrollo intrauterino, con lo que puede ser legalmente matado el feto, puestos de acuerdo médico y madre abortante, en el momento mismo previo al nacimiento del hijo, lo que repugna a la conciencia humana aunque carezca de la sensibilidad más elemental a favor de la vida del sólo concebido.

No resulta extraño, pues, que la Declaración del Episcopado español haya advertido que el proyecto «presentado como una concesión limitada a muy pocos casos», sin embargo, «su texto revela que existen aspectos y condiciones que permitirían utilizar la norma aplicándola a un gran número de casos».

En segundo lugar, tampoco el derecho positivo puede aceptar que el efecto dañoso de un acto criminal, como es la violación, pueda autorizar cometer a la víctima un delito de mayor trascendencia penal, por afectar a un bien jurídico, como es la vida humana, de mayor entidad.

En buena técnica penal no se resuelve el mal recibido por la víctima, dándole a ésta legitimación para realizar otro mal jurídico que le sirva de compensación o de lenitivo al daño o perjuicio padecido. Sería, seguir tal criterio, convertir la víctima en victimario a su vez. Iríamos más allá aún de la venganza privada, pues ésta repercutiría sólo en el criminal que violó, mientras que el proyectado art. 417 *bis*, n. 2, la hace recaer sobre un tercero, el concebido como consecuencia de la presunta violación.

En un Estado moderno, el ordenamiento jurídico debe proveer, para hipótesis como la de la violación, caso de que se siguiera un embarazo, de medios que permitan atender a la violada, psíquica y físicamente. Como consecuencia de esta actitud de tutela social, de esos injustos damnificados, debe proporcionarse también medios que protejan la vida concebida, si ésta se produjo en dicho trance. Las

instituciones de la Seguridad Social, que han adquirido en estos tiempos tanto desarrollo, pueden proporcionar la instrumentación técnica y de recursos que haga atendible la satisfacción de las necesidades eventuales que esa violación haya producido en la víctima del delito.

Esta actitud que se sugiere es la más opuesta a la previsión legislativa proyectada por el Gobierno, que penaliza a la vida intrauterina por un delito de violación que se cometió con su madre. Parece, en cambio, que volvemos a la vieja desaparecida, por absurda y anacrónica, responsabilidad objetiva por la que se condenaban, caso de daños, a las cosas mismas o a los seres no racionales que los habían producido. Aquí surge, además, como una especie de responsabilidad objetiva, pero que ni siquiera se imputa al elemento ciego causante del daño, sino, por el contrario, a un tercero inocente, extraño a toda causación del delito. No sólo volvemos, por tanto, a una época de primitivas causalidades, sino que, prescindiendo de la causalidad, hacemos recaer la responsabilidad penal en los vestigios mismos del delito, en su consecuencia, generadora de un inocente designado ya como víctima en la Ley.

La hipótesis que se analiza no deja de seguir presentando otras *anomalías*: éstas *de índole procesal*: ¿quién juzga que el embarazo procede del hecho de la violación? Sólo la duda, a cualquier juez le bastaría para una sentencia absolutoria, que aquí no hace falta porque los que deciden son la mujer misma que se dice violada y el médico connivente, dispuesto a realizar, por indicación de ésta, el aborto: esta connivencia posible significaría la impunidad más acabada para el crimen.

Aún se manifiestan, en esta hipótesis 2 del art. proyectado, otras gravísimas irregularidades, que formulamos a modo de pregunta, habida cuenta de la sorpresa que nos proporciona la redacción del precepto propuesto: ¿cuándo existe «un hecho constitutivo del delito de violación»?

El hecho existe, podemos contestar, cuando la violación se produce; sin embargo, en ámbito jurídico-penal, para con certeza juzgar si existe o no el hecho delictivo, hay necesariamente que esperar a que el tribunal sentenciador describa los hechos probados en su sentencia. Mientras tanto existirán sospechas, imputación de este supuesto hecho a un presunto inculpado, procesamiento, incluso acusación formal pública; pero precisamente no existirá aún el hecho constitutivo del delito de violación. Esto sólo lo puede decir el tribunal competente, tras el juicio y en la sentencia, pero además, necesitaremos de la sentencia firme, puesto que, mientras medie un recurso contra ella, el hecho constitutivo de la violación, como el hecho constitu-

tivo de cualquier otro delito, será sólo una afirmación judicial sometida a impugnación y eventual revocación.

Sin embargo, el único requisito, que exige el supuesto legal que se ha proyectado por el Gobierno, es «que el mencionado hecho hubiese sido denunciado». Caben denuncias erróneamente planteadas por carecer la denunciante de suficiente conocimiento acerca de la descripción del tipo delictivo; caben denuncias verdaderas que luego no consigan ser probadas; caben además denuncias falsas: ¿a cuál de estas denuncias se refiere el proyecto legislativo?

Parece que nos hallamos ante un legislador carente de experiencia, que se mueve impulsado por unas impresiones primeras, que confunde el parecer con el ser; un legislador que, en definitiva, de prosperar el proyecto de precepto penal, introduciría —quizá sin desearlo—, en nuestro ordenamiento, un sistema de autorización legal de aborto, tan carente de garantías jurídicas para la vida intrauterina, que permitiría sostener una afirmación que parece descabellada, pero que no lo es cuando se advierten las deficiencias del texto legal proyectado: *todo embarazo puede ser interrumpido si la madre lo desea y encuentra médico propicio a seguir esos deseos parricidas*.

En tercer lugar, la atención se ha de fijar en el n. 3 del proyectado art. 417 *bis*.

En principio, en esta última hipótesis del precepto parece que se han reforzado las garantías a favor del concebido con «graves taras físicas o psíquicas».

Se exige ahora como una especie de tribunal médico: por una parte, un dictamen, con el «pronóstico desfavorable», emitido por dos médicos especialistas; y, por otra parte, el del propio médico que realice el aborto, que ha de ser distinto a aquellos dos, y del que pensamos que no se reducirá a *despachar el encargo* que le haga la madre, cuando ésta cuente ya con el referido dictamen. Hay que pensar que un médico cirujano, que tenga alguna estima de su oficio, y antes de una práctica abortiva como la que se le propone, estudie el dictamen emitido por sus colegas, y a la vista de lo que éstos opinen, él también emita su propio juicio técnico, sea para seguir lo que en el dictamen se concluye, sea para disentir.

Esto parece elemental. Cumplido este trámite por el médico abortante —si lo cumple—, ante hipótesis como la analizada, se puede ya decir que concurrieron tres opiniones coincidentes de médicos, aunque dos sean especialistas, y el tercero, del que nada se dice en el proyecto acerca de su competencia o especialidad.

El problema, entonces, podría pensarse que es más de índole moral que de técnica jurídica. Aquí se ha de tener en cuenta, y vale la pena tenerlo en cuenta, las siguientes palabras del documento del

Episcopado español (n. 8): «No pierde el hombre su dignidad ni su derecho a la existencia por el hecho de estar disminuido o ser débil, como no lo pierden los enfermos desahuciados ni los ancianos. Sería, en cambio, un comportamiento inhumano tolerar el sacrificio de los débiles en pro del bienestar o del egoísmo de los fuertes».

Ante ese derecho primordial, del ser humano vivo a vivir, «no cabe apelar tampoco al pluralismo social o al principio de tolerancia civil —añade el documento del Episcopado—, puesto que se dejaría el campo abierto a patentes delitos contra la vida humana, cuyo obligado defensor es el Estado».

En la presente hipótesis, indudablemente, el componente de las motivaciones morales tiene mayor peso, pues se trata del trágico tema del destino que la sociedad está dispuesta a reservar para las llamadas vidas sin valor. Aquí, el aspecto religioso, el del valor sagrado del don de la vida que Dios crea sirviéndose del hombre y de la mujer, la consideración de la filiación divina de todo ser humano, que goza de la imagen y semejanza de Dios mismo y está llamado a la Redención que Cristo le ha proporcionado de antemano con el sacrificio de la Cruz, adquiere aspectos patéticos y trascendentales que no pueden ser olvidados.

Medidas como las que se proponen, que reducen al hombre al valor de su utilidad, fueron el origen y razón de ser de tantas y tantas violaciones de los derechos fundamentales en sociedades que no tuvieron otra divinidad en sus creencias que el orgullo de la raza, la exaltación de un pueblo, la adoración misma del Estado.

Pero volvamos al ámbito estricto jurídico en que se desea plantear la cuestión. Pues bien, asimismo, en esta hipótesis n. 3 del proyectado art. 417 *bis*, se carece de las suficientes garantías jurídicas, y esto sería así aunque se aceptara hipotéticamente —cosa que rotundamente ha de rechazarse— que el Estado pudiera adoptar medidas jurídicas para favorecer la eliminación de seres humanos tarados física o psíquicamente. Y no hay garantías jurídicas,

1) por quedar la decisión, que afecta a la supervivencia de una vida humana, exclusivamente en manos de la madre embarazada;

2) al sustraerse de cualquier tipo de control público, distinto a los de los propios interesados —madre embarazada y médicos que dictaminan y el que practica el aborto—, bajo algún poder del Estado, cuya misión es defender la vida humana, una decisión de tan grave trascendencia;

3) porque se prescinde por completo de la referencia a titulares de otros derechos que puedan concurrir con los de la madre sobre el

feto, como puede ser el del padre, interesado principal, con la madre, en la supervivencia o muerte del hijo:

se le impone al padre una especie de expropiación forzosa del hijo por decisión unilateral de la madre con previo asesoramiento técnico, que vulnera los derechos más fundamentales del hombre; y esta vulneración se consumaría independientemente de que el hijo haya sido concebido dentro de matrimonio legítimo como ilegítimo, pues la misma consideración legal tienen ahora los hijos en relación con sus padres, según la última reforma del Código Civil; pero el legislador de este precepto analizado ha prescindido de tal manera del derecho del padre, a sus justas expectativas respecto al hijo por él también concebido, que parece que el precepto proyectado contempla sólo a una concepción que se hubiera producido con mujer colectivizada a efectos de ayuntamiento carnal, sin colaboración de otro sujeto conocido al menos, sin referencia a otros parientes que pudieran ser oídos en estos casos;

4) porque el precepto dice expresamente «que sea probable» la tara:

en tema de tanta trascendencia no puede bastar la mera probabilidad, sino que se ha de requerir por lo menos la certeza moral que lleva a los jueces a pronunciar sentencia de condena, porque, en rigor, no exista ninguna duda prudente contraria a su conclusión, adquirida tras el estudio y valoración de las pruebas aportadas;

5) porque esa referencia a la probabilidad está poniendo de relieve la incertidumbre de lo que pueda concluirse en el dictamen médico, más próximo, en el mejor de los casos, a una opinión fundada, que a un verdadero juicio concluyente;

6) porque se dice simplemente «graves taras físicas o psíquicas», sin ningún término de referencia o comparación, una gravedad, pues, dejada, en su estimación, al solo y soberano juicio de los médicos especialistas, que, por otra parte, en la vida ordinaria, tantas veces suelen reservar su pronóstico;

y 7) porque siguiendo el juego de los conceptos indeterminados, carece el precepto de la menor seguridad en cuanto a la determinación de los «especialistas»:

especialistas en qué, ¿en «pronósticos desfavorables» —otra imprecisión del precepto—, en medicina de la mujer embarazada, en medicina prenatal, en genética humana, etc.?; no parece, por otra parte, que el legislador se preocupe de que, antes de que sea tomada una decisión de tanta envergadura por los médicos, se intenten agotar los remedios que la medicina e incluso cirugía prenatal puedan proporcionar para corregir o reducir esas taras, si es que existen.

Ante tanta ligereza y despreocupación con que se muestra el legislador para con la vida del concebido, se comprende perfectamente que se diga por los Obispos españoles, en presencia del precepto que analizamos: «no podemos menos de afirmar, sin ambigüedad de ninguna clase, que la proyectada despenalización del aborto nos parece gravemente injusta y del todo inaceptable» (n. 11). Como también se explica perfectamente que se amoneste del siguiente modo: «ningún católico ni ninguna otra persona que reconozca el derecho a la vida del otro como norma moral del propio comportamiento podrán, en conciencia, colaborar en la elaboración de la ley y, mucho menos, en la realización del aborto» (n. 11).

En rigor, el artículo proyectado por la reforma del Código Penal no es que despenalice el aborto, lo cual significaría ya de por sí exponer a la muerte al inocente, que una sociedad organizada jurídicamente no puede a sí misma consentirse; el proyecto legislativo lo que explicita es una ley de aborto, es decir, describe una serie de elementos y circunstancias, en cuyo marco se considera el aborto como un acto legítimo del ciudadano, un acto *secundum ius*, desgraciadamente.

b) *La protección civil del concebido*

La posible introducción en nuestro ordenamiento jurídico, por la vía del Código Penal, de la legalización del aborto, en determinadas circunstancias, hace también incurrir en interna contradicción a nuestro propio sistema jurídico. En efecto, independientemente de cualquier circunstancia, el concebido es tutelado desde su concepción misma por el Código Civil de España.

Nuestro Código Civil distingue con nitidez la diferencia que existe entre persona y personalidad. Esta segunda es una cualidad jurídica, que se determina, como expresa el art. 29, por el nacimiento; y se extingue, según la letra del art. 32, «por la muerte de las personas». El concebido es contemplado, en su consideración jurídica, dentro de un capítulo del Código Civil, cuya rúbrica es «De las personas naturales».

Por consiguiente, la persona natural existe, según el Código Civil, desde su concepción y adquiere personalidad por el nacimiento (art. 29), si bien ese nacimiento, para que adquiera relevancia a efectos civiles, requiere que el nacido tenga figura humana y viva veinticuatro horas desprendido del seno materno.

Son, pues, como los pasos sucesivos que van produciéndose, para la vida del Derecho, en la persona natural hasta que ésta adquiere, a determinados efectos —civiles—, personalidad.

El profesor Doral García, respecto a ese plazo del art. 30 del

Código Civil, ha dicho que resulta ser «expresivo de la continuidad jurídica, concomitante al proceso civil que se inicia con la generación y del que el nacimiento es una fase».

No entenderlo así llevó a la tan aireada sentencia de la Audiencia de Bilbao, de 24 de marzo de 1982, a reconocer indirectamente la legitimidad del infanticidio cuando el nacido no cumpliera los requisitos del art. 30 del Código Civil; reconocimiento que se produce *obiter dictum*, cuando se dice por los magistrados (Tercero de los considerandos) compartir la tesis de que el art. 15 de la Constitución española («Todos tienen derecho a la vida...») «sólo es aplicable a las «personas» en sentido propio (y no al embrión o al feto)».

Olvidaron que el embrión o feto es ese concebido del art. 29 del Código Civil, comprendido bajo la rúbrica «de las personas naturales», aunque todavía no haya adquirido la personalidad civil, que es lo que el propio artículo, con las condiciones establecidas en el siguiente, le otorga más tarde, y que es a lo que erróneamente se refieren usando la noción de «personas en sentido propio». Si no transcurrieran las 24 horas desde el nacimiento, según la lógica de la sentencia de Bilbao, el nacido puede todavía ser aniquilado. Y la misma y sorprendente consecuencia se deduce de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de diciembre de 1982, recientemente publicada (LA LEY, Madrid 3-III-1983, pp. 7-8), para la que, en estos casos, la cualidad de sujeto pasivo del delito se apoya sólo «sobre la base extrajurídica y meramente política (...) de la expansión del índice demográfico»; esta carencia de criterio moral objetivo se explica una vez que la propia sentencia, en sus consideraciones, partiendo de un supuesto respeto a la libertad de la madre, afirma que de ésta «el feto es apéndice» (Tales afirmaciones nos parece que dispensan de todo comentario).

Sin embargo, a esa persona natural, al concebido —según ese mismo art. 29—, se le tiene ya por nacido a todos los efectos que le sean favorables; efectos que se producirán en él inexorablemente cuando nazca y reúna los requisitos del art. 30. Si no los alcanza, su personalidad quedará frustrada; no así su condición de persona natural, que la poseyó, pues la tuvo desde que fuera concebido, según el Código Civil, con todas las esperanzas anejas a esa condición, dependientes sólo de convertirse en efectiva titularidad de derechos subjetivos por el hecho de nacer y de reunir en su persona las condiciones legales requeridas.

El Derecho, pues, tiene por nacido al concebido para todo lo que pueda redundar en su favor: «para todos los efectos que le sean favorables», afirma el citado art. 29. Y, por esta razón, a la viuda que queda encinta —según el art. 964 del Código Civil— aun cuando ella

sea rica, debe ser alimentada de los bienes hereditarios, «habida consideración de la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable».

Toda una Sección —la Primera del Capítulo V del Libro III— del Código Civil (arts. 959-967) ha sido pensada y codificada en normas positivas para proteger los derechos hereditarios de esta persona natural que es el feto humano y cuya titularidad sobre los bienes de la herencia se espera pueda hacerla efectiva cuando nazca el concebido y reúna los requisitos exigidos para que esa persona natural adquiera la personalidad legal, a efectos civiles. Esta persona, aún en estado embrionario, puede también, por ello, ser beneficiada con donaciones (art. 627 del Código Civil), pudiendo aceptarse incluso ya tal donación por quienes hipotéticamente serían sus legítimos representantes si hubiere nacido el hasta ahora sólo concebido.

Sorprendente y contra toda lógica resultaría que se ofrezca tanta protección patrimonial al concebido para luego negarle toda protección al supuesto sustancial de dicha tutela patrimonial, la vida humana, enclaustrada en el seno materno; sorprendente y contra toda lógica es que la viuda encinta pueda ya beneficiarse del patrimonio expectante en razón al nacimiento de su hijo (art. 964), y a la vez pueda esa viuda destruir el supuesto existencial por el que consigue tal beneficio o que incluso pueda decidir destruirlo a pesar de que haya estado algún tiempo beneficiándose de los alimentos que, en consideración al hijo, se le proporcionaron.

Más sorprendente aún y contra toda lógica sería que se arbitre todo un sistema de seguridad y control jurídico alrededor del concebido y para asegurar la rectitud del alumbramiento (cfr. arts. 959-961), con intervención incluso de órganos jurisdiccionales, para que luego la viuda, por un acto de su voluntad, pueda destruir tantas expectativas: bastaría que encontrara un médico que juzgara que el concebido genera un grave peligro para la vida o salud de la madre, o el dictamen de dos especialistas que opinen que probablemente el concebido adolece de una tara física o psíquica.

Si muchas veces, en estas hipótesis, se beneficiarían posiblemente personas que entren sus intereses en colisión con los del concebido, no hay que descartar que pueden existir también, entre esas personas, sujetos interesados en el nacimiento; y desde luego debe merecer todos los respetos la voluntad del marido que —art. 930—, en documento público o privado reconoció «la certeza de la preñez de su esposa». Este aunque fallecido no deja *post mortem* de ser protegido en un legítimo interés tutelado consistente en que el hijo reciba lo que le corresponde en su herencia; y, por tanto, que el hijo nazca, y pueda también transmitirle su apellido y otras cualidades jurídicas

que tuviere, aparte del deseo legítimo de poder sobrevivir al menos en el afecto de su descendencia.

Esa superveniencia del hijo esperado, puede influir, por último, en la inoficiosidad de ciertas donaciones (art. 636), en su posible revocación (arts. 644-646); así como influirá en la misma institución hereditaria si fue preterido en la institución de heredero gozando de la cualidad de legitimario (art. 814).

¿Ha pensado el Gobierno, al formular su Proyecto de Ley penal —mejor, de la ley no penal, es decir, ley excusante de la imputación de crimen—, la posibilidad de que la madre encinta pueda tener un interés económico en oposición con otros derechos expectantes del hijo concebido?

Porque la eventualidad de que los padres puedan tener un conflicto de intereses con los hijos nacidos se prevé en el n. 2.º del art. 162 del Código Civil, y en su art. 163 se instrumentan los medios legales adecuados para que se evite el perjuicio del menor; por el contrario, la madre embarazada, si prospera el proyecto de art. 417 *bis* del Código Penal, siempre tendrá bajo su absoluto poder de disposición la vida del hijo, con sólo encontrar un médico —y en el tercero de sus casos hasta tres— con el que ponerse de acuerdo.

La propia profesión médica habrá de cuidar en el futuro, de modo muy serio, la vigilancia y defensa de su propio honor, ya que la madre embarazada resulta, según el Proyecto de Ley, que tiene el dominio absoluto sobre la vida del hijo: no sólo el *ius disponendi*, sino también el *ius abutendi*.

c) *La protección constitucional del concebido*

La protección constitucional de la vida del *nasciturus* se ha de entender reconocida en la amplia fórmula del art. 15 de nuestra vigente Constitución: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».

Algunos partidarios del aborto, sin embargo, tratan, en sus interpretaciones, sustraerlo de este precepto constitucional, sosteniendo que el art. 15 está comprendido en un capítulo —el segundo— dedicado a los Derechos y Libertades, cuyo primer artículo —el 14— se refiere únicamente a «los españoles». El siguiente artículo, en su sentir, al decir «todos», viene a continuar con el reconocimiento que formula la relación de los derechos que a los españoles corresponde.

Esta interpretación intenta restringir el alcance del precepto constitucional, pues basta contemplar el art. 16, que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, para comprender que estas tutelas que otorga la Constitución benefician por igual a españoles que a no es-

pañoles, a todos. Y lo mismo ocurre con otros preceptos constitucionales del mismo capítulo. Por otra parte, se observa que, dentro de la propia sección de este capítulo, cuando el legislador desea restringir su garantía a los españoles, expresamente utiliza esta calificación; así ocurre con los arts. 19 y 29.

En rigor, los derechos y deberes fundamentales que no son exclusivos de los españoles, o de «los ciudadanos» (término que utiliza otras veces el texto constitucional), se han de entender garantizados a favor de todos aquellos que tengan aptitud para gozarlos. La Constitución no restringe sus garantías individuales, sino que intenta abarcar, en su tutela fundamental, a todos aquellos —y se ha de entender seres humanos— a los que por su relación —de orden territorial o personal— con el Estado español, merecen o necesitan del amparo del orden constitucional español.

Ha de entenderse que la palabra genérica *todos* viene a englobar con gran amplitud a todo sujeto con aptitud para recibir la atribución de algunos derechos constitucionales. Al imputarse éstos, sin otra precisión, se emplea por la misma Constitución con diverso alcance, por ejemplo, en los arts. 27, 28, 31 y 45:

Dependerá de la situación personal de cada uno en el contexto social, y la aptitud peculiar de la persona que le permita beneficiarse de la garantía concreta que se concede, para que alguien se estime comprendido y favorecido por el reconocimiento de derechos que otorgan esos preceptos constitucionales; así ocurre con el derecho a la educación, o al de sindicación, o al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, o al derecho y deber correlativos de disfrutar y conservar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

Por ello, cuando se dice que «todos tienen derecho a la vida», se está refiriendo a *todos* los que tienen una vida que proteger, es decir una vida humana, pues al ser humano se dirige en principio la Constitución, esté tal vida fuera, esté dentro del seno materno. Y por ello, Rodríguez Devesa sostiene que «no hay otra salida que la de entender que la Constitución habla de la vida de los seres humanos en el sentido ontológico de la palabra, y ésta comienza, sin lugar a dudas, con la fecundación del óvulo y concluye con la muerte».

Otro intento restrictivo de interpretación puede proceder de entender lo siguiente: situado el art. 15 en el Título I de la Constitución, puede estimarse que éste se refiere a la persona, como se advierte del art. 10, que es el precepto que encabeza los diversos capítulos de la Sección. Entonces, se intenta hacer coincidir el término «persona» con el nacido que, según el Código Civil, en su art. 30, adquiere personalidad jurídica, es decir, cuando tiene forma humana y logra vivir 24 horas desprendido del seno materno.

No deja, tal interpretación, de intentar también excluir al concebido de la protección constitucional del art. 15, tan amplia y totalizante en su abarcamiento de sujetos amparados por la letra del precepto, cuando para evitar tal interpretación, como veremos, se amplió el término constitucional a «todos».

Mas la postura que sostiene este tipo de restricción interpretativa, no deja de ser bien vulnerable cuando se descubre que si, en algún texto, se ha de encontrar lo que es la persona para el ordenamiento español, éste ha de ser el Código Civil, en el que, como antes se vio, no se confunde persona natural y personalidad; por lo que cabe carecer de personalidad —caso del concebido—, y tener, sin embargo, la condición de persona natural, a la que se vinculan ya determinados efectos jurídicos, precisamente dirigidos no a exigir responsabilidades, sino a proporcionar una tutela jurídica de índole patrimonial en atención al devenir futuro de esta persona.

Precisamente, en el art. 10, n. 1, se proclama cuál sea el «fundamento del orden político y de la paz social»: entre estos elementos basilares se hallan «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad».

La dignidad es una cualidad inherente a la persona mientras existe, con independencia de edad, sexo, condición social, origen, etc. Basta que exista la persona en cuanto concreta naturaleza y, por esto, el Código Civil considera al concebido «persona natural». Por tales motivos, el concebido ya tiene derechos inviolables, y no sólo patrimoniales, según preceptos concretos y expresos del Código Civil, sino el más basilar, sobre el que los derechos patrimoniales se sustentan, el derecho a vivir.

También tiene el derecho fundamental de que se le permita «el libre desarrollo de su personalidad», cualidad jurídica que alcanzará más tarde, y a cuyo desarrollo se opondrá tanto la muerte del nacido cuando no transcurrieron las veinticuatro horas de desprendimiento materno, como si se intentara su muerte cuando se halle aún en el interior del cuerpo de su madre. El aborto, pues, va en contra abiertamente, del desarrollo de esa personalidad, fundamento del orden político y constitucional.

Las personas, *todas*, son también las que tienen «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24 n. 1 de la Constitución). No resulta, pues, extraño, que a estos efectos, nuestro Código Civil haya previsto y cuidado regular (cfr. arts. 959-967) la vieja figura del *curator ventris*.

Este art. 10, n. 1, de la Constitución española vigente, llama la atención al civilista García Cantero, para sostener fundadamente que

«no hay un *numerus clausus*, una lista cerrada, de estos derechos inviolables inherentes a la persona, uno de los cuales es el derecho a la vida (artículo 15), del que forma parte como presupuesto del derecho a nacer». En base a tal presupuesto, la autorización que legalice el aborto, según este autor, violaría, de análogo modo, entre otros preceptos constitucionales, el art. 17, que reconoce —a «toda persona» dice el precepto— el derecho a la libertad y a la seguridad: «¿cómo se justifica —se pregunta— la violación del derecho a la seguridad que el aborto representa?».

Ha hecho notar el profesor Sánchez Agesta, que, en ese derecho a la vida proclamado en el art. 15 de la Constitución vigente, «están implicados los problemas del aborto y de la eutanasia, con todas las cuestiones técnico-médicas que pueden plantearse». Y añade: «El anteproyecto decía: 'La persona tiene derecho a la vida' (...). La corrección por el sujeto 'todos' implica, al parecer, la intención de extender la protección de este derecho al embrión». Asimismo, el también constitucionalista Alzaga nos ilustra: «En el Pleno de la Cámara Baja se sustituye: 'Las personas tienen derecho a la vida' por 'Todos tienen derecho a la vida'». Y explica más adelante: «En el Pleno de nuestro Congreso de los Diputados se introdujo también la palabra 'todos', pero con la vista puesta en el problema del aborto, y bajo la preocupación de evitar una futura legalización de las prácticas abortivas».

A continuación, este mismo autor hace notar que la palabra *todos*, desde una interpretación puramente literalista del precepto, algún parlamentario indicó que no resolvía definitivamente esta cuestión. Y en ello se trató de amparar una corriente doctrinal proclive a la legalización del aborto, entre los que cabe citar, por ejemplo, al penalista Gimbernart, a los constitucionalistas De Esteban y López Guerra, y a los trabajos de Arroyo Zapatero —que influye conceptual y hasta en su léxico de modo muy decisivo en la sentencia ya citada de la Audiencia de Bilbao—, de Peces y Morate —respondido luego por Gutiérrez de Cabiedes— y de Mir Puig —que comenta la citada sentencia—, publicados en diversas revistas jurídicas, que conocemos.

En todos esos trabajos, partiendo de supuestos datos sociales y de aceptación generalizada en contextos legislativos extranjeros, se intenta reducir la defensa incondicionada de la vida del *nusciturus* a una razón justificadora perteneciente al ámbito religioso. Como antes indicábamos, Julián Marías hizo notar, en cambio, como el Pontífice Romano, Juan Pablo II, cuando condena el aborto no lo hace apelando a la fe de la que es depositario, sino «a cuerpo limpio», dirigiéndose a todos los hombres, por el hecho de serlo, «cristianos o no, creyentes

en Dios y no», como «algo elemental, directo, inmediato, válido para toda persona».

Lo que nunca podrá ser negado, sin embargo, por ningún comentarista de la Constitución, sea partidario o no del aborto, es que el texto del art. 15 de la Constitución, en su trámite de elaboración, alcanzó una redacción lo más amplia posible de protección jurídica de la vida humana contra toda terminología que pudiera de algún modo reducir su alcance. De acuerdo con lo que Alzaga sostiene, cabe aquí repetir unas palabras suyas que encierran implícitamente una conclusión: «Imagino que desde atalayas abortistas se alegrará que el *nasciturus* no tiene capacidad para detentar derechos fundamentales. Sin embargo, de este precepto constitucional se deduce una norma objetiva, que impide al Estado permanecer impasible ante el hecho de que se mate a los *nascituri*».

Pero, además, el art. 10, n. 2 de la Constitución nos sitúa en un más amplio contexto interpretativo de nuestras normas relativas a los derechos fundamentales; no nos remite al derecho interno de otras naciones, cercanas o alejadas, con regímenes políticos o jurídicos paralelos o divergentes al español: nos ofrece como norma interpretativa el criterio de «conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España».

La Declaración Universal de Derechos Humanos —adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 217 A (III), de 20 de diciembre de 1948— reconoció la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos —de naturaleza inalienables— «de todos los miembros de la familia humana». Contempla al ser humano como tal, ontológicamente, y de aquí que afirme en su art. 3.º, que «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». Al mencionar a todo ser humano, todo individuo, está contemplando lo que el ser humano tiene de universal, independientemente de cualquier estado de su desarrollo, condición, lugar, etc. Y de aquí que se postule contra cualquier tipo de discriminación. Principio de no discriminación proclamado también solemnemente por la Constitución española en su art. 14: sin que pueda «prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Asimismo la Declaración de los Derechos del Niño —proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, Resolución 1396 (XIV), en el Tercero de los Considerandos de su Preámbulo, sostiene que «el niño, por su falta de madurez, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección le-

gal, tanto *antes* como después del Nacimiento». Y en el principio n.º 4 se declara que el niño debe crecer y desarrollarse en buena salud, por lo que agrega que «con este fin debe proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso *atención prenatal* y *postnatal*» (el subrayado es nuestro).

Ante tales precedentes no resulta sorprendente que, en medio de un ambiente legislativo contrario en las naciones, la Resolución 4.378 de la Asamblea del Consejo de Europa (octubre 1979) invitara a los gobiernos europeos a reconocer «el derecho de cada niño a la vida desde el momento de su concepción». Presentado como «un derecho fundamental que condiciona cualquier otro derecho», se estima que «debe ser protegido sin ningún límite o discriminación». Y se reconoce expresamente cómo «la ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano».

Esta influencia prestigiosa de los documentos internacionales mueve —como ocurre en el caso alemán por ejemplo, y ahora lo hace el proyecto del art. 417 *bis* citado, en su n. 1— a que las legislaciones internas de los diversos países intenten orillar la fuerza autorizada de esos textos, planteando las leyes abortivas como soluciones de conflictos de bienes jurídicos, en el que uno de ellos —el de la vida del concebido— ha de ser sacrificado en aras del bien jurídico de la madre. Se vulnera así el mismo planteamiento del conflicto propio del estado de necesidad, que requiere del enfrentamiento de bienes incompatibles, de desigual valor.

Sólo el deseo de satisfacer una mentalidad permisivista, conduce, además, a estas legislaciones, a la anómala solución de sustraer al poder judicial la decisión concreta de cada conflicto, cuyos órganos lo resolvería sirviéndose de las necesarias y justas garantías procesales. En cambio, se arbitra, en el proyecto legal, el camino de los *hechos consumados*, dejando la solución del conflicto en manos de los más interesados en resolverlo según su propio y egoísta beneficio: la madre y el médico abortantes.

Las Declaraciones Universales de Derechos, como es bien sabido, dado su carácter general, aunque no hayan sido específicamente ratificadas, sin embargo, tienen el valor de recomendaciones y se estima que vinculan a los Estados por vía de costumbre internacional. De hecho, nuestro Tribunal Supremo no ha dejado de invocarlas en diversas ocasiones, como, por ejemplo, sucedió con la sentencia de su Sala 3.ª, de fecha 11 de julio de 1980. En cambio, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, acogida en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos —aprobado por la Asamblea General de

las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966—, fue ratificada por España y se publicó, el instrumento de ratificación, en el Boletín Oficial del Estado, de 30.IV.1977.

Una invocación muy significativa de esas Declaraciones Universales de Derechos, en el contexto del art. 10, n. 2 de la Constitución española, hizo el Auto de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de fecha 14 de marzo de 1979. Fue pronunciado en un antejuicio para exigir responsabilidades a un Magistrado-Juez por haber ordenado una transfusión sanguínea a una paciente quirúrgicamente intervenida y que se oponía a que se la hicieran, a pesar de hallarse en gravísimo peligro de muerte. Entre las razones que el Tribunal Supremo expuso, en esta ocasión, para rechazar la querella criminal presentada contra el Juez, destaca la solución que se ofrece a un conflicto de bienes igualmente protegidos por la Constitución española: el derecho a la vida y el derecho de libertad religiosa. La Sala 2.^a del Tribunal Supremo, tras una detenida valoración de todos los datos a enjuiciar, con base a los preceptos constitucionales españoles y a las Declaraciones Universales y Pactos Internacionales ratificados por España, que cita, se pronuncia decididamente en el sentido de que el Juez de Instrucción «afirmó el Derecho al actuar de acuerdo con la norma jurídica superior»; la vida es calificada, en esta resolución judicial, como el bien jurídico de «superior entidad»; un derecho constitucional básico, en cuyo supuesto se asientan los restantes derechos constitucionales, condición necesaria para que éstos puedan existir.

Con anterioridad, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo se había planteado problema análogo, que fue resuelto por Auto de 26 de septiembre de 1978. En esta hipótesis se declaró que el derecho de patria potestad no podía alcanzar a un menor que se encontraba en peligro inminente de muerte: otra ocasión, pues, que el derecho irrenunciable a la vida superó, como bien jurídico protegible, al otro bien, que consistía en el ejercicio del derecho de patria potestad.

Se resolvió, en ambas ocasiones, el conflicto de bienes jurídicos, en colisión, dentro de su propia sede, la judicial, y con las garantías procesales adecuadas, Y a la vez se declaró la primacía del derecho a la vida como el primer derecho constitucional, el de mayor entidad.

No ha de extrañar esta postura de nuestro Tribunal Supremo, en aplicación observante de la norma constitucional, ya que el derecho a la vida es declarado en el primero de los artículos relativos a los derechos constitucionales, y sin limitarlo o ponerle restricciones; hasta el punto de imperar este art. 15: «Queda abolida la pena de muerte».

Ni el delito más grave puede justificar la muerte de un ser humano para nuestro texto constitucional, ¿cómo entonces podría resultar autorizado, legalizado el aborto? Sobre todo, porque lo que el embrión

humano es, desde su inicio, hoy es incontestable, definitivo; no ofrece dudas. Como acaba de exponer un Catedrático universitario de Anatomía y Embriología, el Dr. Luis M.^a Gonzalo, «los datos aportados por los embriólogos y genetistas son tantos y tan seguros que nadie, medianamente culto, puede negar la condición humana al nuevo ser desde el momento mismo de su concepción». Y el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, en su Declaración en defensa de la vida humana en su etapa prenatal (Madrid, 19-II-1983), afirma «que el principio de la vida humana se sitúa en el mismo instante de la fecundación y que, por consiguiente, cualquier acto abortivo, aún el realizado en el principio de la vida fetal, constituye un gravísimo atentado a la vida humana» (II, n. 1).

Con tales precedentes se explica que la penalización del aborto la venga manteniendo el Tribunal Supremo después de promulgado el texto constitucional, a pesar del valor de norma directa que a los preceptos constitucionales se le reconocen. Esto es prueba de que penalizar el aborto es observar el precepto correspondiente del Código Penal, pero a la vez significa sumisión a la norma de la Constitución que declara el derecho prioritario a la vida. Pueden citarse, en tal sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1980, 30 de enero y 10 y 24 de febrero de 1982.

La primera de las sentencias citadas tiene especial importancia porque contradice la afirmación generalizada de que para los españoles no es delito abortar en el extranjero; por el contrario, en esa ocasión, el Tribunal Supremo condenó el delito cometido en el extranjero, a pesar del principio de territorialidad propio de la aplicación de la ley penal, por estimar que el hecho de viajar a otro país, para cometer precisamente un hecho que es delictivo en España, regresando después de cometido, era llevar a cabo una conducta delictiva en fraude de ley penal española.

III. Conclusión

Si el art. 417 *bis*, proyectado para la reforma del Código Penal español, es rechazable de modo absoluto por razones biológicas, éticas y religiosas, también se *ha de rechazar* de igual manera *por razones jurídicas*:

a) por los gravísimos errores de formulación técnica con que se autoriza decidir la muerte de un ser humano, privatizando un tema de tanta trascendencia pública y jurisdiccional;

b) porque introduce la contradicción en el propio núcleo del ordenamiento jurídico español, al permitir la muerte, por decisión de

origen convencional —aunque se exija dictamen médico—, de aquel mismo ser humano, el concebido, que tiene unos derechos de índole personal y patrimonial expresamente reconocidos por el Código Civil, en concreto, artículos comprendidos bajo la rúbrica común «De la persona natural»;

c) porque el artículo proyectado abiertamente vulnera la Constitución española vigente, en el derecho basilar en el que todos los derechos restantes se apoyan, el derecho a la vida, la vida del ser humano, que es quien recibe el amparo constitucional tanto en el presente de su conducta jurídica como cara al futuro, lo que justifica la naturaleza irrenunciable de tales derechos fundamentales, comenzando por el que abarca toda su existencia en ejercicio permanente, el derecho «a seguir viviendo».

BIBLIOGRAFIA CITADA

1. ALZAGA, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978.
2. ARROYO ZAPATERO, L., *Prohibición del aborto y Constitución*, «Revista de la Facultad de Derecho Complutense», 3, 1980, pp. 195-222.
3. COMISIÓN PERMANENTE de la Conferencia Episcopal Española, *Declaración, de 5 de febrero de 1983, sobre la despenalización del aborto*.
4. CONSEJO GENERAL de los Colegios Médicos de España, *Declaración Pública de 19 de febrero de 1983, en defensa de la vida humana en su etapa prenatal*.
5. DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRERO, L., *El régimen constitucional español*, I, Barcelona, 1980.
6. DORAL, J. A., *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona*, «Persona y Derecho», II (1975), pp. 113-130.
7. GARCÍA CANTERO, G., *El derecho a nacer*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», n. 6, junio 1981, pp. 597-604.
8. GIMBERNART, E., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1980.
9. GONZALO, L. M., *Aborto: ley y ciencia en desacuerdo*, «Diario de Navarra», 12-II-83.
10. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Aborto y estructuralismo*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», n. 2-3, 1982, pp. 313-316.
11. JUAN PABLO II, *Homilía para el pueblo de Dios*, Limerick, Irlanda, 1-X-79.
12. JUAN PABLO II, *Homilía para las Familias*, Madrid, 2-XI-82.
13. MARÍAS, J., *Las palabras más enérgicas*, ABC (Madrid), 9-XI-1982.
14. MIR PUIG, I., *Aborto, estado de necesidad y Constitución* (comentario a la sentencia de la Audiencia de Bilbao, de 24 de enero de 1982), «Revista Jurídica de Cataluña», n. 4, 1982, pp. 247-252.
15. PECES Y MORATE, E., *El aborto: su significante penal y procesal*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», n. 1, 1982, pp. 165-205.
16. SÁNCHEZ AGESTA, L., *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980.
17. VILADRICH, P. J., *Aborto y sociedad permisiva*, «Persona y Derecho», II (1975), pp. 147-181.